

Las cláusulas claims made en el contrato de seguro de responsabilidad civil



Mónica Lucía Fernández Muñoz*

SUMARIO

Introducción. -Las cláusulas *claims made* y la determinación del concepto de siniestro. -Causas de creación de las cláusulas *claims made*. -Las cláusulas *claims made* son cláusulas de limitación temporal. -Variantes de las cláusulas *claims made*. -Críticas de la doctrina y jurisprudencia extranjeras en torno a las cláusulas *claims made*. -Consecuencias negativas que trae consigo la estipulación de cláusulas *claims made*. -Medidas de posible solución. -¿Las cláusulas *claims made* son cláusulas abusivas? -Un breve referimiento a la constitucionalidad. -Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

En Colombia, el seguro de responsabilidad civil ha estimulado las más recientes reformas legislativas en materia de contrato de seguros. Particularmente, todas las reformas que se han hecho al texto original del Código del Comercio de 1971 han tenido mucho que ver con el seguro de responsabilidad civil.¹ Principalmente y para



* Abogada de la Universidad del Cauca, especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible de la Universidad Externado de Colombia, doctoranda de la Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant'Anna di Pisa, Italia.

¹ En este sentido Ordóñez, A., *Ponencia en la especialización en responsabilidad y daño resarcible. 1999-2000*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

efectos de este escrito, se destacará la reforma introducida en el artículo 4 de la Ley 389 de 1997.²

En efecto, como innovación, la citada Ley 389 de 1997 destaca la legislación colombiana, entre otras cosas, porque admitió la modalidad de aseguramiento de la responsabilidad civil bajo el concepto de las cláusulas *claims made* (reclamo hecho).³

Por lo tanto, puede entenderse que la cobertura en el seguro de responsabilidad civil se vincula a la reclamación que realice la víctima del daño al asegurador por acción directa o al asegurado de manera judicial o extrajudicial, dentro de la vigencia del contrato o dentro de un término posterior; incluso se pueden indemnizar hechos ocurridos en el pasado, de los cuales obviamente el asegurado no debe tener conocimiento.

En tal entendido, con las cláusulas *claims made* se vincula la cobertura del seguro de responsabilidad civil a la reclamación formulada por la víctima, al asegurado o al asegurador, independientemente de que el hecho dañoso o causante del daño haya ocurrido dentro de la vigencia del contrato de seguro o antes de su formalización.⁴

La inclusión de este tipo de cláusulas en el seguro de responsabilidad civil ha significado, cómo se verá en el desarrollo de este escrito, una notable revolución, en cuanto a la definición temporal de cubrimiento en tal seguro. Sin embargo, dicha revolución ha generado las más duras críticas por parte de expertos en la materia, ya que involucran vulneración de derechos a los asegurados en beneficio de los intereses económicos de las compañías aseguradoras.



² Pues es la Ley 389 de 1997 la que ha traído como innovación, la admisión de la modalidad de aseguramiento bajo el concepto de cláusulas *claims made*. Otra importante reforma ha sido la Ley 45 de 1990 que, en materia de seguro de responsabilidad civil (SRC), introdujo la *acción directa* y posibilitó el seguro de responsabilidad civil (SRC) por *culpa grave*, modalidad que hoy día sólo pocas legislaciones del mundo han admitido. En similar sentido Ordóñez, *Ponencia en la especialización en responsabilidad y daño resarcible*, *op cit*.

³ Es oportuno recordar, que la mayoría de los precedentes jurisprudenciales a que se hace referencia para fundar la cláusula *claims made* han tenido su origen en los Estados Unidos, de allí su nombre, que en español significa "reclamo hecho". En similar sentido Roberto Sobrino, Waldo Augusto, *La cláusula "claims made" y el seguro de responsabilidad civil (especialmente para profesionales)*, www.argentina.derecho.org/doctrinal.

⁴ En este sentido Ordóñez, A., *El contrato de seguro. Ley 389 de 1997 y otros estudios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 85.

En el presente escrito no se pretende realizar un estudio exhaustivo de las cláusulas *claims made*, sino únicamente precisar ciertos conceptos y señalar las consecuencias de su inclusión en el derecho colombiano.

LAS CLÁUSULAS CLAIMS MADE Y LA DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO DE SINIESTRO

Uno de los elementos esenciales del contrato de seguro⁵ lo constituye la obligación por excelencia del asegurador dentro del contrato de seguro: pagar la indemnización. Ésta es un deber condicional, pues su exigibilidad está condicionada suspensivamente a la realización del siniestro.

Pero definir en qué momento se entiende realizado el siniestro en el seguro de responsabilidad civil es un tema que ha sido objeto de diversas discusiones,⁶ las cuales han generado distintas tendencias o tesis doctrinarias,⁷ entre las que se resaltará para el estudio que este escrito involucra, la teoría del reclamo de la víctima y la teoría del hecho dañoso.⁸

La primera teoría señala que el siniestro se entiende realizado en el momento de la reclamación que hace la víctima al asegurado. Esta teoría ha sido apoyada por los autores franceses Picard y Besson,⁹ también por Vivante en Italia y Roitman en Argentina.¹⁰

Para la segunda teoría, el siniestro en el seguro de responsabilidad civil (SRC) se entiende realizado en el momento del hecho dañoso, es decir, con la realización del hecho que genera el daño a la vícti-



⁵ Los elementos esenciales del contrato de seguros, son aquéllos sin los cuales el contrato no existe. La ley expresamente los señala en su artículo 1054 del Código del Comercio, éstos son: el riesgo, el interés asegurable, la prima y la obligación condicional del asegurador de pagar la indemnización. En este sentido Ordóñez, *Ponencia en la especialización en responsabilidad y daño resarcible. op cit.*

⁶ En similar sentido, Ordóñez, A., *El contrato de seguro, op cit.*, p. 87. Yepes, S., "Las cláusulas abusivas en el contrato de seguro", en *Revista Iberoamericana de Seguros*, No. 15, Bogotá, 2000. p. 103.

⁷ Como las teorías del hecho dañoso, reclamo de la víctima, liquidación del daño, pago, hecho complejo; cuyo contenido puede consultarse en Ordóñez, *El contrato de seguro op cit.*, p. 87 y ss; Yepes, *op cit.*, p. 103; Zornosa, H., en *Memorias de Ponencia en la Especialización en Responsabilidad y Daño Resarcible. 2001-2001*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia; Izquierdo, M., *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 530 y ss.

⁸ Las posiciones mayoritarias están básicamente divididas entre estas dos teorías, pues las demás no parecen tener suficiente fundamento, son aisladas y poco convincentes. En este sentido Ordóñez, *El contrato de seguro. op cit.*, p. 96; Yepes *op cit.*, p.103.

⁹ Autores también citados por Yepes *op cit.*, p. 104.

¹⁰ Estos y otros autores son citados por Ordóñez, *El contrato de seguro, op cit.*, p. 90.

ma. Esta teoría también ha sido acogida, con algunas precisiones, por diversos autores extranjeros como Donati, Viterbo, Morando, Stigliz y Garriguez,¹¹ y es la que acoge nuestra ley colombiana, en el artículo 1131 del Código del Comercio, cuando señala: "En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento que acaezca el hecho externo imputable al asegurado...".¹²

En consecuencia, si se tiene en cuenta que el momento de realización del siniestro es de vital importancia para determinar, entre otros,¹³ el surgimiento de la obligación de pagar la indemnización por parte del asegurador y que nuestro Código del Comercio lo entiende como el momento de ocurrencia del hecho externo, el primer interrogante que surge al analizar el contenido del artículo 4 de la Ley 389 de 1997 es si este concepto de siniestro en el SRC que se consagra en el artículo 1.131 del Código del Comercio (CCo), ha sido modificado, teniendo en cuenta que la Ley citada no trae la mención de una derogatoria expresa de ese artículo.¹⁴

Según el artículo 4 de la Ley 389 de 1997, norma que adoptó la figura de las cláusulas *claims made*:

En el seguro ... de responsabilidad civil, la cobertura podrá circunscribirse [...] a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, [...] así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años.

Como puede observarse, mediante la Ley 389 de 1997, Colombia admite la posibilidad de pactar las denominadas cláusulas *claims made* en el contrato de SRC, y por medio de ellas la cobertura del



¹¹ Citados por Yepes *op cit.* p.103 y Ordóñez, *El contrato de seguro, op cit.*, p.87, refiriéndose a la doctrina italiana y argentina.

¹² Las cursivas de las citas son mías.

¹³ El momento en el cual se entienda configurado el siniestro es de vital importancia no sólo para determinar la intervención del asegurador, como ya se anotó, sino también para determinar la obligación de notificación del siniestro del asegurado al asegurador y el cómputo de las acciones derivadas del contrato de seguro y de la acción directa de que dispone la víctima frente al asegurador. En este sentido, Yepes *op cit.*, p.104.

¹⁴ En similar sentido, Ordóñez, *El contrato de seguro, op cit.*, p. 86.

seguro queda vinculada a la reclamación que realice la víctima, independientemente de que el hecho dañoso haya ocurrido dentro de la vigencia del contrato o antes de su formalización.¹⁵

En efecto, si se comparan las dos normas citadas, puede observarse que se indica como realización del siniestro dos momentos distintos: el acaecimiento del hecho dañoso (artículo 1131 CCo) y el reclamo de la víctima al asegurado o al asegurador (artículo 4 Ley 389 de 1997).

Para algunos autores colombianos,¹⁶ la teoría más ajustada a la realidad es la sostenida en el artículo 1131 del Código del Comercio, es decir, la del hecho dañoso, ya que la ocurrencia física del daño es la que hace surgir la deuda o débito de responsabilidad que afecta el patrimonio del asegurado. Aunque si bien puede afirmarse que en todos los casos la ocurrencia del hecho dañoso no implica el pago efectivo de la indemnización, se sostiene que dicha circunstancia no es suficiente para que se tenga como siniestro la realización de otro momento, esto es, la reclamación de la víctima al asegurado o al asegurador, puesto que ésta es una circunstancia totalmente extraña a las partes y al contrato.¹⁷

Entre otros argumentos que se exponen para sostener que el siniestro está constituido por el hecho dañoso y no por la reclamación de la víctima está el de señalar que la Ley 389 de 1997 no ha modificado el concepto de siniestro que trae el artículo 1131 del código del comercio, pues éste, al permitir la posibilidad de asegurar la incertidumbre de la existencia de un siniestro pasado (riesgo putativo), continúa siendo el hecho externo causante del daño. De igual forma se indica que si el siniestro no estuviera constituido por la ocurrencia del hecho dañoso, algunas de las cargas existentes en cabeza del asegurado, como la de evitar la extensión y propagación del siniestro,¹⁸ no tendrían razón de ser si tuviera que cumplir-



¹⁵ *Ibid.*, p. 85.

¹⁶ Entre ellos el eminente Andrés Ordóñez, en *El contrato de seguro*, *op cit.*

¹⁷ En este sentido, *Ibid.*, p. 98.

¹⁸ Esta carga que debe cumplir el asegurado después de la ocurrencia del siniestro está consagrada en el artículo 1074 del Código del Comercio y posee algunas particularidades respecto al SRC, pues bajo esta carga no se le permite al asegurado reconocer su responsabilidad frente a las víctimas o acudir a transacciones apresuradas sin previa consulta al asegurador, pues podría verse comprometida su responsabilidad cuando no existe o podría verse agravada cuando no tiene porque serlo.

¹⁹ Esta posición es adoptada por Ordóñez, *El contrato de seguro*, *op cit.*, p.127.

la a partir del reclamo de la víctima y no desde la realización misma del hecho dañoso.¹⁹

Como puede observarse, existen varias teorías respecto al momento exacto de realización del siniestro, sin embargo, se discute que en el fondo, el problema más que teórico es práctico,²⁰ pues en efecto, a ninguna compañía aseguradora le interesa tener un riesgo indefinido; por el contrario, su interés es definir cuándo una póliza le genera un siniestro que debe pagar y cuándo no, y tal definición es difícil lograrla en situaciones donde no es fácil determinar en qué momento se produce la obligación del asegurador (momento ocurrencia del siniestro).

Se reitera, es un problema práctico: si el asegurador tuviera que pagar cada vez que se produce un hecho dañoso, no habría sentido; por otro lado, si la compañía aseguradora tuviera que esperar a que se presente la reclamación, estaría de paso el problema de los largos términos de prescripción de las acciones de responsabilidad extracontractual,²¹ que podría generar el hecho de que las compañías quedaran en una situación indefinida por prolongadísimo tiempo.

Como una conveniencia práctica, para legitimar el contenido de las cláusulas *claims made* se ha tratado de dar una nueva perspectiva a la idea de que el siniestro en el seguro de responsabilidad civil está constituido por la reclamación de la víctima²² y no por la realización del hecho dañoso, pero desde este planteamiento los aseguradores intentan excluir de la cobertura aquellos siniestros respecto de los cuales la reclamación no se produzca dentro de ciertos plazos o condiciones, en total detrimento de los derechos de los asegurados.²³

CAUSAS DE CREACIÓN DE LAS CLÁUSULAS CLAIMS MADE

Antes de abordar el presente tema es importante señalar que la ley consagra unos términos de prescripción para las acciones deriva-



²⁰ En similar sentido, Ordóñez, *Ponencia en la especialización en responsabilidad y daño resarcible*, op cit.

²¹ Pues como es bien sabido, por regla general, el término de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual es de veinte años. Entonces, si se tiene el siniestro como la ocurrencia de la reclamación, la aseguradora podría quedar en situación de indefinición por veinte años.

²² En este sentido, Ordóñez, *El contrato de seguro*, op cit., p. 99.

²³ La manera cómo se vulneran los derechos de los asegurados se tratará a lo largo de este escrito y más concretamente en los apartados "Críticas de la doctrina y de la jurisprudencias extranjeras en torno a las cláusulas *claims made*" y "Consecuencias negativas que traen consigo la estipulación de cláusulas *claims made*".

das del contrato de seguro, de la acción directa y de las acciones de responsabilidad, lo cual genera dificultades no sólo de orden práctico, sino también legal.²⁴

Si bien la ley colombiana, en su artículo 1131 del CCo, indica que el siniestro en el SRC es la ocurrencia del hecho dañoso, es el único seguro donde la exigibilidad de la obligación del asegurador por parte del asegurado está marcada por la reclamación de la víctima.²⁵

La citada norma señala: “En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento que acaezca el hecho externo imputable al asegurado. Fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial”, es decir, la exigibilidad de la obligación del asegurador de pagar la indemnización, o lo que es lo mismo, el término de prescripción de la acción que tiene el asegurado contra el asegurador comienza a contarse no desde la ocurrencia del hecho dañoso, sino desde el momento que la víctima reclama al asegurado.²⁶

Sin embargo, si bien la acción de responsabilidad que puede intentar la víctima contra el asegurado posee un término de prescripción de veinte años, contados a partir del momento en que ha conocido o debido conocer el daño sufrido, de ello resulta que existirá un periodo prolongado sin que el asegurado pueda hacer efectiva la cobertura del seguro por parte de la compañía,²⁷ situación que deja, además,

²⁴ En este sentido, Yepes *op cit.*, p. 105.

²⁵ En todos los ramos del seguro la ocurrencia del hecho dañoso marca la exigibilidad de la obligación del asegurador. En este sentido, Ordóñez, *Ponencia en la especialización en responsabilidad y daño resarcible*, *op cit.*, s. p.

²⁶ Si la ley no estableciera esta diferencia del concepto de exigibilidad para el SRC o el siniestro, esto es, el hecho dañoso, comenzaría a contarse el término de prescripción de la acción del asegurado contra el asegurador, que es un término corto aún no definido totalmente por la ley y mientras tanto habría un periodo largo para completar los veinte años de prescripción de responsabilidad civil extracontractual, en que ésta siguiera viva. En similar sentido Ordóñez, *Ponencia en la especialización en responsabilidad y daño resarcible*, *op cit.*; Yepes, *op cit.*, p.106.

²⁷ No solamente en el caso que la víctima demore muchos años en reclamarle al asegurado, sino en el caso ésta haga una reclamación extrajudicial que a la final comporte o haga difícil que el asegurado pueda hacer una reclamación formal al asegurador. En este sentido, Ordóñez, *Ponencia en la especialización en responsabilidad y daño resarcible*, *op cit.* La situación se complica en la medida en que según el orden jurídico colombiano, el periodo durante el cual la víctima puede exigir la responsabilidad del asegurado supera ampliamente los términos de prescripción del contrato de seguro. En tal sentido, la reclamación puede presentarse después de mucho tiempo, en ocasiones luego del vencimiento de la póliza, lo cual impide el cumplimiento de la prestación asegurada por parte de la aseguradora. En este sentido, Yepes *op cit.*, p.107.

al asegurador durante un amplio lapso sujeto a un llamamiento en garantía por parte del asegurado que sea demandado, hecho éste que genera para los aseguradores una grave situación de indefinición.²⁸

Como puede observarse, la prescripción de veinte años resulta demasiado amplia, pues su amplitud genera no sólo incertidumbre en el asegurado, sino que también afecta económicamente al asegurador.²⁹ Por esto se ha señalado que los largos tiempos de prescripción existentes y la consecuencial incertidumbre de los aseguradores son la causa para que se haya discutido la inclusión de las cláusulas *claims made* en el SRC.

En efecto, las compañías no deseaban tener latente el riesgo por una reclamación, durante todo el tiempo que dura la prescripción. Por esta razón se concibió una estrategia consistente en que los reaseguradores hicieran saber a los aseguradores que no se hallaban dispuestos en mantener técnicamente las reservas por siniestros pendientes por el plazo de la prescripción vigente para las acciones personales.³⁰ El anuncio importó que el otorgamiento del reaseguro se hallaba condicionado a que previamente se introdujera una cláusula contractual que consagrara una limitación temporal al seguro contra la responsabilidad civil, esto es, la cláusula *claims made*.

Este problema de tipo práctico fue entonces el que llevó a imponer el uso de estas cláusulas, como limitativas de cubrimiento y mediante las cuales el asegurador sólo asume la atención de siniestros respecto de los cuales la reclamación que realice la víctima se produzca dentro del término de vigencia del contrato o dentro de un periodo determinado con posterioridad a esa vigencia.³¹

Por otra parte, si bien la característica esencial de la cláusula *claims made* es condicionar el pago de la indemnización a que la recla-



²⁸ Lo cual implica que el asegurador hipotéticamente tendría que estar expuesto durante los veinte años posteriores a la vigencia del contrato, a una reclamación de su asegurado. En este sentido, *Ibid.*, p. 106; Ordóñez, *El contrato de seguro. op cit.*, p.113.

²⁹ En similar sentido Yepes *op cit.*, p. 106. Para quien la incertidumbre en el asegurado se genera porque debe permanecer durante un gran lapso sometido al riesgo de una acción judicial. Y también afecta a la compañía de seguros, pues desde el punto de vista contable le resulta problemático constituir reservas para atender el pago de dichos siniestros y para obtener reaseguros.

³⁰ En este sentido Stiglitz, R., "Seguro contra la responsabilidad civil y la limitación temporal de la garantía asegurativa. Estado de situación en Argentina", en *Revista Española de Seguros*, No. 89. Madrid, Española de Seguros S.A., 1997, p. 114.

³¹ En este sentido, Caballero, E., *El consumidor de seguros. Protección y defensa*, Madrid, Mapfre, 1997, p. 139; Ordóñez *op cit.*, p. 116.

mación de la víctima se produzca durante la vigencia del contrato, ésta genera problemas cuando el daño se manifiesta luego de un largo periodo. Por ello se ha señalado como otro de los motivos generadores de este tipo de cláusulas la existencia de los llamados siniestros tardíos;³² pues en el campo de la responsabilidad es común que hechos ocurridos en una época puedan llegar a tener reclamos después de pasado bastante tiempo, a consecuencia de que los daños sólo se manifiestan tardíamente.³³

Independientemente de cuál sea la causa que motivó su creación, este tipo de cláusulas a la postre significaron una ventaja evidente para los aseguradores y han sido cuestionadas universalmente por la jurisprudencia y la doctrina internacionales. Como se verá más adelante, estos cuestionamientos han estado impulsados primordialmente por las tendencias de la legislaciones modernas hacia la protección del consumidor de seguros,³⁴ principalmente, frente a la contratación mediante los denominados contratos estándar³⁵ y de adhesión, los cuales pueden involucrar el pacto de las denominadas cláusulas abusivas.³⁶

LAS CLÁUSULAS CLAIMS MADE SON DE LIMITACIÓN TEMPORAL

El concepto de delimitación temporal de la póliza debe entenderse como aquel periodo durante el cual el contrato despliega sus efectos y, en consecuencia, es origen de obligaciones y derechos para las partes contratantes.³⁷



³² En similar sentido, Yepes *op cit.*, p. 100. Véanse algunos en ejemplos de daños tardíos en *Infra* nota 56.

³³ Como los conocidos casos estadounidenses del Agent Orange, referidos a las intoxicaciones de soldados que lucharon en la guerra del Vietnam, con un herbicida que contenía dioxina y cuyos daños se manifestaron tardíamente. Caso citado en Alarcón, J., *Últimas tendencias del seguro de responsabilidad civil de productos en Estados Unidos*, Madrid, Mapfre, 1986, p. 146.

³⁴ En el derecho europeo, por ejemplo, se habla de un régimen legal de protección al consumidor asegurado, mediante directivas comunitarias sobre el consumo y sobre seguros. En este sentido, Caballero *op cit.*, p. 1. Sobre el particular también se remite a Alpa, G., *Il diritto dei consumatori*, Bari, Laterza, 1999, p. 21, sobre los derechos de los consumidores en el ámbito europeo y la definición de consumidor. Y en materia de servicios asegurativos, en la misma obra principalmente páginas 312 y ss.

³⁵ En este sentido Alpa, G. y Bessone, M., *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 3.

³⁶ El análisis de las cláusulas *claims made* como cláusulas abusivas del contrato de seguro de responsabilidad civil será tratado en el apartado "Las cláusulas *claims made* son cláusulas abusivas" de esta obra.

³⁷ La especial fisonomía del SRC hace que desde el punto de vista temporal, la delimitación de la cobertura asegurada revista unas dificultades interesantes, dado que en muchos casos la acción o la omisión generadora del daño tiene lugar en un determinado momento, pero la manifestación del daño va a ser muy posterior. En este sentido, Yzquierdo *op cit.*, p. 530.

Como se ha sostenido, la Ley 389 de 1997, más que una modificación del concepto de siniestro en el SRC,³⁸ se presenta como una forma de limitación de cobertura. Así, desde el criterio de delimitación temporal *claims made* están cubiertas las reclamaciones realizadas por la víctima durante la vigencia del contrato o dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años (artículo 4 Ley 389 de 1997).

En tal entendido, puede decirse que las cláusulas *claims made* son de limitación temporal,³⁹ pues con ellas se condiciona el pago de la indemnización a que la reclamación por la víctima al asegurado o al asegurador, se produzca dentro de la vigencia de la póliza o durante un lapso limitado siguiente a su expiración, el cual cubre en ocasiones un periodo anterior al contrato, independientemente de que el hecho que las origina haya ocurrido dentro de la vigencia del contrato de seguro o antes de su formalización.⁴⁰

Sin embargo, se ha señalado que hacer depender el beneficio del seguro del reclamo de un tercero no parece la forma más lícita de limitar la cobertura del SRC.⁴¹ En efecto, no es lícito, desde ningún punto de vista, hacer que el derecho del asegurado⁴² dependa del



³⁸ En Cfr. véanse *supra* notas 20 y 22.

³⁹ Teniendo en cuenta la doctrina internacional, podría pensarse en un debate en torno a si estas cláusulas son también ciertamente de delimitación de la cobertura del contrato o, incluso, de exoneración de responsabilidad. A este respecto plantea Benatti, F., "Clausole di esonerazione da responsabilità", en *Dig. Disc. Priv.-sez. civ.*, vol. II, Torino, Utet, 1988, p. 398, que la tendencia es tomarlas como cláusulas de delimitación del objeto del contrato. Sobre el punto izquierdo *op cit.*, p. 525, refiriéndose al artículo 3 LCS, sostiene como las cláusulas de delimitación de la cobertura deben tener un control de legalidad mínimamente riguroso. Sobre el concepto de *cláusulas de exoneración de responsabilidad*, se remite a Álvarez, N., *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Granada, Comares, 1998, p. 33 y ss. Sobre la problemática existente de la diferencia entre cláusula de exoneración y aquella de delimitación del objeto se remite a Álvarez *op cit.*, p. 43; Bennati *op cit.*, p. 397 y ss.

⁴⁰ En este sentido Ordóñez, *El contrato de seguro*, *op cit.*, p. 85; Yepes *op cit.*, p.107.

⁴¹ Criterio adoptado, entre otros autores, por Ordóñez, *El contrato de seguro*, *op cit.*, p. 130, el cual se comparte por la autora de este escrito. En efecto, como bien lo señala Roberto, W., *La cláusula "claims made" y el seguro de responsabilidad civil (especialmente para profesionales)*, en www.argentina.derecho.org/doctrinal, con las cláusulas *claims made* se produce la paradoja, que la validez concreta de la póliza de seguros, depende del hecho de un tercero (reclamo), es decir, la conducta de un tercero por el cual no se debe responder, sería lo que decidiría si el asegurado tiene o no el amparo de la póliza de seguros. Para que exista cobertura por parte de la aseguradora, no sólo es necesario que el siniestro ocurra dentro del plazo de la póliza, sino que se introduce un arbitrario e irrazonable requisito adicional: que la víctima también formule el reclamo durante esos plazos. En el mismo sentido, Stiglitz, R., *El siniestro*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 198. Criticando la tesis que sostiene que el siniestro es el reclamo de la víctima, enseña que la aparición, para el asegurado, de una deuda de responsabilidad, se genera en el ilícito dañoso y no debe subordinarse lógicamente al arbitrio del damnificado.

⁴² Derecho consistente en obtener el beneficio del SRC.

ejercicio potestativo de una facultad otorgada a un tercero ajeno totalmente al contrato.⁴³

VARIANTES DE LAS CLÁUSULAS CLAIMS MADE

Según el artículo 4 de la Ley 389 de 1997, las cláusulas *claims made* pueden ser de las siguientes modalidades:

- Aquéllas cuya cobertura está condicionada a que el hecho dañoso y la reclamación de la víctima se produzcan dentro de la vigencia del contrato.
- Aquéllas cuya cobertura está condicionada a que el hecho dañoso se produzca dentro de la vigencia del contrato y la reclamación de la víctima dentro de la vigencia del contrato o en el término estipulado en éste, el cual no será inferior a dos años.
- Aquéllas cuya cobertura está condicionada a que la reclamación se realice durante la vigencia del contrato, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.⁴⁴

Como puede observarse, la Ley 389 de 1997 permite pactar el SRC con una seria limitación, consistente en que la cobertura dependa no sólo de que el hecho dañoso suceda dentro de la vigencia del contrato, sino también de que el reclamo de la víctima se realice dentro de ese mismo lapso. Ésta es la modalidad de limitación de responsabilidad del asegurador más drástica⁴⁵ y la ley colombiana la permite. Aquí el asegurador cubre la responsabilidad, pero siempre y cuando el hecho y la reclamación correspondiente tengan lugar en el periodo de vigencia del contrato. Esta limitación no es permitida ni siquiera en el derecho español que nos sirvió de modelo, pues en aquél se permite que se cubran los reclamos que se hagan dentro de la vigencia del contrato, pero siempre y cuando los hechos que originen esas reclamaciones se den con una anterioridad de por lo menos de dos años respecto de su celebración, idea que restituye un poco el equilibrio frente al asegurado.



⁴³ En similar sentido Ordóñez, *El contrato de seguro, op cit.*, p. 122, para quien de la misma manera éste es un criterio de limitación muy curioso, pues no obedece a ninguna realidad de carácter técnico, relacionada con la responsabilidad civil, porque simplemente es el comportamiento arbitrario de la víctima, que es un tercero ajeno, así se le haya otorgado una acción directa.

⁴⁴ En similar sentido, Ordóñez, *El contrato de seguro, op cit.*, p.119; Yepes *op cit.*, p.108; Zornosa *op cit.*, p. 19.

⁴⁵ En este sentido, Ordóñez, *El contrato de seguro, op cit.*, p. 125.

Como se presenta, este tipo de cláusulas también limitan la cobertura del contrato de seguro de responsabilidad civil al comportamiento contingente de un tercero totalmente ajeno a éste y quien puede reclamar, cuando lo desee, y dejar en muchos casos al descubierto al asegurado, así como se indicará más adelante.

La tercera modalidad de cláusulas claims made es perfectamente nueva y acoge la denominada asegurabilidad del riesgo putativo en el SRC. Si bien por definición el riesgo putativo no es asegurable,⁴⁶ la ley 389 de 1997 genera una gran revolución al darle cabida a este tipo de aseguramiento en el seguro terrestre.⁴⁷

Teniendo que el riesgo putativo se entiende como la incertidumbre acerca de la ocurrencia de un hecho en el pasado —en uno mirado respecto del momento de formalización del contrato de seguro—, éste debe implicar incertidumbre de la existencia del hecho dañoso o, por lo menos, de sus consecuencias dañosas, y debe ser así, porque a pesar de que la ley no lo dice expresamente, sería extraño al concepto de riesgo⁴⁸ que se permitiera el cubrimiento de las reclamaciones derivadas de hechos sobre los cuales el asegurado tuviera conocimiento.⁴⁹

Como se señaló en el numeral anterior, este sistema pretende limitar el periodo de cobertura del seguro. De este modo, con estas cláusulas las compañías aseguradoras buscan imponer un límite



⁴⁶ La incertidumbre acerca de la ocurrencia de un hecho en el pasado, por definición, no es asegurable, pues el concepto de riesgo que trae el artículo 1054 del Código del Comercio se complementa en el sentido de que, además de ser un hecho 'incierto' que no depende de la voluntad del tomador, asegurado o beneficiario del seguro, debe ser adicionalmente un hecho 'futuro' respecto de la formalización del contrato. En similar sentido *Ibid.*

⁴⁷ Pues tradicionalmente el riesgo putativo sólo era asegurable en el seguro marítimo por razones de evolución histórica, consistente en que en los comienzos del seguro los medios de comunicación eran muy precarios, en consecuencia en las travesías prolongadas no había manera de conocer su suerte, por lo tanto, era muy normal que el seguro se formalizara cuando la travesía ya había iniciado. Tomado de Ordóñez, *Ponencia en la especialización en responsabilidad y daño resarcible, op cit.*

⁴⁸ El artículo 1054 Código del Comercio señala: "Denomínese riesgo el suceso INCIERTO...".

⁴⁹ En similar sentido Calzada, Ma. Ángeles, "La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil. El nuevo párrafo segundo del artículo 73 de la ley de contrato de seguro LCS", en *Revista Española de Seguros*, No. 89, Madrid, Española de Seguros S.A., 1997, p. 54, establece que desde el punto de vista jurídico la cobertura retroactiva, es decir, la cobertura de consecuencias dañosas de hechos producidos con anterioridad a la conclusión del contrato no plantea problemas desde el punto de vista jurídico, siempre que las partes ignoren la realización de tales hechos. Desde el punto de vista práctico, esta cobertura retroactiva puede ser una fuente de problemas y en la práctica carecer de efectividad. También puede consultarse, Sánchez, F., "La delimitación temporal del riesgo en el seguro de responsabilidad civil tras la modificación del artículo 73 de la ley de contrato de seguro", en *Revista Española de Seguros*, No. 89, Madrid, Española de Seguros S.A., 1997, p. 39.

temporal cercano, a partir del cual queden ajenas completamente a las consecuencias del contrato de seguros las reclamaciones que ocurran con posterioridad al periodo admitido por la aseguradora para cubrirlas, por cuanto quedan completamente excluidas de la posibilidad de aseguramiento.

Respecto a estas modalidades, lo que se ha hablado entre muchos autores⁵⁰ es que las compañías van a sustraerse a ese compromiso de carácter indefinido que tenían antes, pues obviamente no van a cubrir riesgos putativos, pero si van a concretar sus coberturas no sólo a los hechos y reclamaciones efectuados dentro de la vigencia del contrato, sino también a hechos ocurridos dentro de la vigencia y reclamados con posterioridad de dos años, es decir, las aseguradoras podrán ahora limitar su cobertura solamente a esos dos años.

Así, cuando la legislación colombiana se refiere a las reclamaciones realizadas dentro de un término que no puede ser inferior a dos años, lo que está haciendo es dejar espacio para la libertad contractual y permitir que se pacte precisamente dicho término mínimo de dos años, como en efecto se está haciendo en la práctica aseguradora.⁵¹

CRÍTICAS DE LA DOCTRINA Y DE LA JURISPRUDENCIA EXTRANJERA EN TORNO A LAS CLÁUSULAS CLAIMS MADE

La doctrina y la jurisprudencia extranjera han formulado duras críticas contra las cláusulas claims made, las cuales conviene analizar dada la reforma introducida en Colombia por la Ley 389 de 1997, que autorizó su pacto en los seguros de responsabilidad civil.

En primera medida, debe anotarse que la validez de estas cláusulas ha sido debatida en el sentido de que pueden ser lesivas de los intereses tanto del asegurado como del beneficiario del SRC.⁵²



⁵⁰ Entre ellos, Ordóñez, *El contrato de seguro, op cit.*

⁵¹ En similar sentido, Yepes *op cit.*, p.109.

⁵² En este sentido, *Ibid.*, p. 109. Es importante anotar que en el contrato de seguro la parte asegurada está compuesta por tres calidades jurídicas: el tomador, quien contrata la póliza; el asegurado, el titular del interés asegurable, y el beneficiario, la persona llamada a cobrar la indemnización. Cuando la Ley 45 de 1990, mediante la acción directa, le da a la víctima la categoría de beneficiario del SRC, le otorga la calidad que habilita para cobrar la indemnización del asegurador. Entonces, mientras no prescriba la acción directa de la víctima, el asegurado estrictamente carece de acción contra el asegurador para reclamar la indemnización y eso no lo advirtió la Ley 45 de 1990. En similar sentido, Ordóñez, *El contrato de seguro, op cit.*

Varios pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales extranjeros han cuestionado la legalidad de este tipo de cláusulas, sin embargo, en el presente escrito se hará referencia concretamente a las críticas elevadas en el derecho español, por ser éste ciertamente el único antecedente legislativo sobre la materia para nuestro país.⁵³

*En aquél, hasta la publicación de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados (LOSSP), Ley 30 de 1995, existía un vacío legal para este tipo de cláusulas. Tan sólo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, como se verá más adelante, introdujo cierta luz a un tema muy controvertido, hasta el punto de llegar a cuestionar la validez de las cláusulas *claims made*.*

La Ley de Seguros Española,⁵⁴ de conformidad con lo dispuesto en su artículo 73, establecía que el asegurador estaba obligado al pago de la indemnización, siempre que el hecho causal hubiera ocurrido mientras estuviera vigente el contrato, al margen de que el daño mismo y la reclamación de la víctima tuvieran lugar una vez se hubiera extinguido éste.⁵⁵



⁵³ En similar sentido, *Ibid.*, p. 116. Sin embargo, no se desconocen las críticas que se han elevado en el derecho francés y argentino. La Corte de Casación francesa ha sido enérgica en sus fallos contra la inclusión de cláusulas *claims made*. Ejemplo de ello es el fallo dictado por la Primera Cámara Civil el 19 de diciembre de 1990: "...la estipulación de la póliza de seguro según la cual, el daño no está cubierto si la reclamación de la víctima...ha sido formulada en el curso del período de validez, conduce a privar al asegurado del beneficio del seguro, en razón de un hecho que no le es imputable y a crear una ventaja ilícita desprovista de causa en beneficio del asegurador quien habría recibido primas sin contrapartida [...] Tal estipulación debe reputarse entonces como no escrita". Fallo citado por Yepes *op cit.*, nota 35. De igual modo, la tratadista francesa Genevieve Viney, en su obra *L'interprétation et l'application du contrat d'assurance par le juge*, Dalloz, s. e., 1997, p. 7, señala que: "en los contratos que cubren una responsabilidad cuyas manifestaciones no son inmediatas, la cláusula de reclamación vuela el seguro, sino totalmente ilusorio, al menos extremadamente insuficiente. Las consecuencias de dicha insuficiencia son evidentemente catastróficas no solamente para las víctimas, sino también para los asegurados que deben financiar ellos mismos los daños causados bajo el pretexto de que las víctimas han tardado en presentar su reclamación". También citada en Yepes *op cit.*, nota 38. Del mismo modo, el derecho argentino no ha sido ajeno a las críticas levantadas contra el pacto de las cláusulas *claims made*. Según Sobrino, A., *Derecho de seguros. La cláusula claims made*, Buenos Aires, s. e., 1996, citado por Yepes *op cit.*, nota 41, señala que: "...las aseguradoras y reaseguradoras, para limitar su riesgo, deciden que el mismo debe trasladarse y por tanto, quien debe soportar el tremendo riesgo [...] es el propio asegurado, en lugar de hacerlo quien se dedica comercial y empresarialmente a esa especialidad [...] Nótese lo absurdo de este fantasmagórico cuadro: como a la compañía de seguros que atomiza grandemente el riesgo, porque, a su vez contrata con una reaseguradora [...] le parece que no es conveniente mantener latente el riesgo durante el periodo de prescripción, decide que el asegurado [...] sea quien tiene que responder por el riesgo [...] que él sólo afronte con su patrimonio las indemnizaciones que correspondan".

⁵⁴ En España el ordenamiento de la institución aseguradora está constituido por dos importantes grupos. Uno referente a la legislación sobre el control de empresas aseguradoras Ley 30 de 8 de noviembre de 1995 —sobre ordenación y supervisión de los seguros privados (LOSSP)— y otro grupo, constituido por la legislación sobre el contrato de seguro Ley 8 de octubre de 1980. Entre otras normas pertenecientes a este grupo se encuentran las referidas a la política de la protección al asegurado como consumidor. Para una profundización se remite a Caballero *op cit.*, p. 3.

⁵⁵ En este sentido, Calzada, "La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil...", *op cit.*, p. 45; Stiglitz, *op cit.*, p. 479, y Sánchez, *op cit.*, p. 9.

La ocurrencia del hecho dañoso en vigencia del contrato era la condición suficiente para que el asegurador se viera obligado a pagar la indemnización, lo cual para el asegurado significaba la certeza de que podía estar cubierto en todos aquellos casos en que comprometiera su responsabilidad.

Sin embargo, la aplicación de tal regulación empezó a generar problemas en aquellos eventos en los cuales el hecho y el daño no tenían lugar en forma simultánea, es decir, en aquellos eventos de daños tardíos o diferidos.⁵⁶ En estos casos, las compañías aseguradoras se encontraron frente a una situación de grave incertidumbre, generada no sólo por la manifestación tardía del daño, sino también por el tiempo que transcurría mientras que el tercero reclamaba. En consecuencia, quedaban expuestas a tener que cumplir, durante un tiempo indeterminado, a partir de la terminación del contrato.⁵⁷

Esta situación generaba también problemas a los asegurados y a terceros, no sólo en cuanto a la identificación de la compañía aseguradora obligada, que en ciertos casos podía incluso haber dejado de funcionar, sino también en cuanto a las cuantías de las sumas aseguradas, que en muchos casos no se correspondían con el momento en que debían abonarse las indemnizaciones.⁵⁸

Como consecuencia de lo anterior, las compañías aseguradoras españolas empezaron a recurrir a cláusulas generales en las cuales se estipulaba que el asegurador sólo estaba obligado en los casos en que la reclamación de la víctima se produjera dentro de la vigencia del contrato o, como máximo, dentro de un plazo posterior fijado al efecto.

Las compañías consideraban que únicamente de este modo podían tener la certeza de que transcurrido el periodo de vigencia del con-



⁵⁶ Como los daños derivados de actos médicos o los ocasionados por productos defectuosos. En similar sentido Calzada, "La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil...", *op cit.*, p. 46. Por su parte, Yzquierdo, *op cit.*, p. 530 presenta como ejemplos de daños tardíos el del fabricante de un producto nocivo para la salud, el del comerciante que despacha un fármaco deteriorado o alterado, el del edificio que presenta deficiencias graves tiempo después de concluida la construcción, y el de la lesión sobrevenida después de efectuada la radiación. Véase en *Cfr.* nota 32 *Supra*

⁵⁷ Según las compañías aseguradoras, con ello se dificultaba gravemente sus previsiones financieras y las posibilidades de reaseguro, lo que en última instancia podía llevar a un encarecimiento del seguro o a que no se aseguraran determinados riesgos. En este sentido, Calzada, "La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil...", *op cit.*, p. 47.

⁵⁸ En este sentido, Sánchez, M., *Ámbito temporal de la cobertura aseguradora en el seguro de responsabilidad civil, en relación con el momento de la producción del siniestro*, Madrid, s. e., 1994, p. 115, también citado en Calzada, "La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil...", *Ibid.*, nota 2.

trato o un plazo posterior pactado al efecto desaparecía la probabilidad de hacer frente a responsabilidades en que hubiera podido incurrir su asegurado durante la vigencia del contrato y cuyos daños pudieran manifestarse con posterioridad.⁵⁹

Sin embargo, este tipo de cláusulas fueron criticadas por el Tribunal Supremo Español mediante sentencia del 20 de marzo de 1991.⁶⁰ Según el Tribunal, la cláusula que limitaba el cubrimiento a la exigencia de que tanto el hecho dañoso como la reclamación de la víctima se realizaran en vigencia del contrato, era una cláusula lesiva para el asegurado y como tal ineficaz, con el consiguiente efecto de nulidad que comporta.⁶¹

Este fallo se dictó en desarrollo de la negativa de una aseguradora de cubrir un acto médico realizado durante la vigencia del contrato, pero cuya reclamación se había presentado luego de su terminación. La ineficacia de dicha cláusula fue declarada con el argumento de que el acto médico había comportado un daño cuyas consecuencias sólo se revelaron con posterioridad a la vigencia del contrato; en consecuencia, únicamente hasta ese momento era cuando podía formularse la reclamación por parte de la víctima y no antes.

El argumento de fondo de este fallo radicó en que con tales cláusulas se estaba vulnerando el artículo 73 de la Ley de Seguros, pues al dejarse de cubrir un periodo del siniestro, no obstante haberse pa-



⁵⁹ En similar sentido Calzada, "La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil...", *Ibid.*, p. 48.

⁶⁰ Fallo citado por Yepes *op cit.*, nota 25, p. 110. Según los referentes encontrados este fallo y el del 23 de abril de 1992 introdujeron cierta luz a un lema entonces controvertido. Dichos fallos han sido también citados en Yzquierdo *op cit.*, p. 535; Ordóñez, *El contrato de seguro. op cit.*, p. 117; Stiglitz, R., *Derecho de seguros*, tomo 1, s. I., s. e., 1997, p. 477, y Sánchez, *op cit.*, p. 29.

⁶¹ Nulidad por cuanto según la llamada ley de seguros —Ley 50 del 8 de octubre de 1980 (parcialmente modificada por la Ley 21 del 19 de diciembre de 1990 y la disposición adicional sexta de la LOSSP de 1995)— las condiciones del contrato nunca podrán tener carácter lesivo para los asegurados (artículo 3 de la Ley 50 de 1980). Tomado de *Legislación de seguros*, Madrid, Civitas, 1998. Después de la promulgación del Código Civil Español, se debió esperar casi cien años hasta el 5 de octubre de 1980, fecha en la que se promulgó la Ley del Contrato de Seguros, para volver a encontrar una regla específica sobre cláusulas generales de los contratos. Para el contrato de seguros, el artículo 3 consagró la necesidad de dar claridad y precisión a la redacción del contrato, estableció además la obligación de que el tomador conociera las condiciones del seguro, la prohibición de condiciones generales lesivas para los asegurados, especiales precauciones con respecto a las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, la obligación de vigilancia de la administración pública sobre las cláusulas generales, y, los efectos de la declaración de nulidad de algunas cláusulas generales del contrato. En este sentido, Díaz, S., "Actuación española en relación con la directiva comunitaria del 5.4.1993 sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores", en Bianca, C. y Alpa, G. (edits.), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Padova, Cedam, 1996, p. 237.

gado una prima, se estaba incumpliendo el principio de reciprocidad, reconocido en el artículo 1 de la Ley de Seguros.⁶² Pero a pesar de dicho pronunciamiento, la LOSSP introdujo una reforma a la Ley de Seguros en 1995, la cual ha recibido fuertes críticas desde su promulgación.⁶³ La reforma introducida consistió en agregar un párrafo al citado artículo 73.⁶⁴

Con esta nueva reforma el legislador español autoriza el pacto de las cláusulas claims made, cuando establece que la cobertura del asegurador se circunscribe a los supuestos en que la reclamación se realice como máximo dentro de la vigencia del contrato o dentro de un periodo posterior no inferior a un año, que establece incluso una cobertura retroactiva durante un determinado plazo no inferior a doce meses.

De tal modo, el efecto principal que traen este tipo de cláusulas consiste en que la compañía aseguradora no estará obligada a pesar de que el hecho generador del daño se haya producido mien-



⁶² En este sentido Calzada, "La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil...", *op cit.*, p. 49; Calzada, Ma., *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y Usuarios*, Madrid, Civitas, 1992, p. 748, y Ordóñez, *El contrato de seguro. op cit.*, p. 117. El citado texto de la Ley de Contrato de Seguro (Ley 50 de 1980), puede consultarse también en: www.juridicas.com/base_datos/Privado/l50-1980.html

⁶³ Como la sostenida por Yzquierdo, M., *Aspectos civiles del nuevo código penal*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 229, para quien este tipo de cláusulas son una barbaridad técnica y una trampa creada por los aseguradores que hace peligrar la propia institución del seguro de responsabilidad civil y, en algunos puntos, un atentado contra el buen castellano. Para Reglero, F., *Objeto, riesgo y siniestro en el seguro de responsabilidad. Reflexiones en torno a las llamadas cláusulas claims made*, s. l., Injuria, 1994, p.22, este tipo de cláusulas son un modelo de confucionismo legislativo que adolece de la más elemental noción de técnica jurídica. Para Sánchez, F. *op cit.*, la adición del párrafo segundo del artículo 73 es lesiva para los asegurados, al menos en cuanto excluye de la cobertura las deudas surgidas durante la vigencia del contrato y reclamadas cuando haya transcurrido más de un año de la existencia del contrato, aun cuando la deuda de resarcimiento a cargo del antiguo asegurado siga siendo válida. Y finalmente, para Calzada, "La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil...", *op cit.*, es inadmisibles que el legislador sancione la licitud de cláusulas en ese sentido atendiendo únicamente al interés de los aseguradores, sin haber adoptado medidas que garanticen a los asegurados y a los perjudicados la esencial cobertura que con dichas cláusulas se elimina.

⁶⁴ Según el nuevo párrafo del artículo 73 de la Ley de Seguros Española: "Serán admisibles como límites establecidos en el contrato aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3 de la presente ley que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjuicio haya tenido lugar dentro de un periodo de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de una de las prorrogas del contrato, o, en su defecto, de su periodo de duración. Asimismo, y con el mismo carácter de cláusulas limitativas conforme a dicho artículo 3, serán admisibles como límites establecidos en el contrato, aquellas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el periodo de vigencia de la póliza, siempre que, en tal caso, la cobertura se extienda a los supuestos en que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad de, al menos, un año desde el comienzo de los efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado".

tras estaba vigente el contrato, pues para ello será necesario que la reclamación se presente dentro del término que se establezca en éste. Por lo tanto, para el derecho español, la realización del hecho dañoso, en vigencia del contrato, ha dejado de ser condición suficiente para que el asegurador responda.

Con esta nueva previsión legal se satisface el problema planteado respecto a los daños tardíos o diferidos, pero se satisface lamentablemente a costa de trasladarlos en cabeza de los asegurados, es decir, la incertidumbre respecto al momento de hacerle frente a la responsabilidad en que se haya incurrido deja de estar en cabeza del asegurador y se traslada al asegurado y en esta medida, obviamente, el seguro deja de ofrecer la seguridad que le es propia.⁶⁵

Esto se evidencia con las lagunas o vacíos de cobertura temporales que se pueden presentar aun en el caso de que el eventual responsable asegurado contrate ininterrumpidamente la póliza de seguro.⁶⁶ Esta consecuencia puede explicarse claramente, por ejemplo, con un acto médico en el cual, el error profesional causa un daño que sólo se manifiesta tardíamente. Piénsese en el siguiente caso:⁶⁷ como resultado de una intervención quirúrgica realizada en 1995, en la que se comete un error, se produce un daño que sólo se manifiesta dos años después (1997) y respecto del cual el paciente se decide hasta el año siguiente (1998) a demandar al profesional médico.

El problema de vacío de cobertura del que se habla podría presentarse en el caso de que el médico haya contratado tres pólizas de seguro de responsabilidad con distintas aseguradoras, así: que haya contratado una póliza con la aseguradora A para 1995, otra con la aseguradora B para 1996 y 1997 y otra con la aseguradora C para 1998.

En este caso se pregunta: ¿cuál de las tres aseguradoras deberá responder? ¿La compañía A, cuya póliza estaba vigente en el momento de realización del hecho dañoso (intervención quirúrgica)? ¿La compañía B cuya póliza estaba vigente cuando se manifestó el



⁶⁵ En este sentido Wesolowski, R., "La delimitación del periodo de cobertura en los seguros de responsabilidad civil relativos a daños diferidos: una solución práctica", en *Previsión y Seguro*, No. 31, p. 12, citado por Calzada, "La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil...", *op cit.*, nota 2.

⁶⁶ En similar sentido, *Ibid.*, p. 52.

⁶⁷ Tomado de www.aeds.org/respprofesi4.htm. Sin autor. *Formación en responsabilidad profesional*.

daño?, o ¿la compañía C, cuya póliza estaba vigente al momento de reclamar la víctima (paciente)?

Como se señaló, una de las consecuencias que puede traer consigo el pacto de este tipo de cláusulas es la producción de vacíos o de lagunas de coberturas cuando el asegurado ha cambiado de aseguradora, no obstante haberlo hecho de modo ininterrumpido. Por ello, siempre debe buscarse una póliza de seguros que se adecue a la situación personal y que ofrezca la posibilidad de evitar dichos vacíos.

Para responder al interrogante planteado debe analizarse cómo es el cubrimiento que bajo el sistema claims made ofrecerían cada una de las aseguradoras del ejemplo propuesto, y para ello se supone que en los distintos contratos se limitó la cobertura de la siguiente manera:

Aseguradora A: cubre la responsabilidad civil derivada de actos médicos realizados durante la vigencia del contrato (1995), siempre y cuando sean reclamados durante esa vigencia o durante los dos años siguientes (1995, 1996, 1997). En este caso, teniendo en cuenta que en el ejemplo propuesto la reclamación se realiza en 1998, el siniestro no quedaría cubierto por esta póliza.

Aseguradora B: cubre la responsabilidad civil derivada de actos médicos realizados durante la vigencia del contrato (1996 y 1997), siempre y cuando sean reclamados durante esa vigencia o durante los dos años siguientes (1996, 1997, 1998, 1999). En este caso, es evidente que cuando ocurrió el acto médico (1995), esta póliza no estaba vigente, por lo tanto, tampoco estaría cubierto.

Aseguradora C: cubre las reclamaciones que reciba el asegurado durante la vigencia del contrato (1998) siempre y cuando el hecho dañoso (acto médico) se haya producido durante la referida vigencia (1998) o dos años antes (1996, 1997). En este caso, si bien la reclamación se hace en 1998, el acto médico se produjo en 1995, por lo tanto, es claro que tampoco estaría cubierto por esta última compañía.

El asegurado, en este caso profesional médico, pese a haber tenido póliza de seguro desde 1995, y pese a haber pagado la prima correspondiente año tras año, se encuentra con que el siniestro no está cubierto por ninguna de ellas, pues éste se corresponde con la laguna o vacío existente en su cobertura de responsabilidad civil.

Como puede observarse, este tipo de cláusulas favorecen al asegurador, al tiempo que resultan gravosas para el asegurado, ya que al

quedar viva la responsabilidad civil no asegurada, será el propio asegurado, en cuanto causante del daño al tercero perjudicado, quien deberá hacerse cargo de las consecuencias de esa responsabilidad.⁶⁸

Por lo anterior, se insiste en la necesidad de estudiar cuidadosamente las pólizas de seguro, a efectos de elegir la que más se adecue a las necesidades personales, para evitar así los llamados vacíos de cobertura.

Finalmente, es necesario señalar que importantes autores colombianos⁶⁹ tampoco han sido ajenos a las duras críticas que se han elevado en torno a la permisión de las cláusulas claims made, que nuestro legislador colombiano aprobó por medio de la Ley 389 de 1997.

En efecto, todos ellos asumen una posición unánime en el sentido de señalar que la consagración de las cláusulas claims en la Ley 389 de 1997 ha sido apresurada y desafortunada, pues con ellas se ha dotado a las compañías aseguradoras de instrumentos para limitar sus compromisos, lo cual ha generado múltiples consecuencias desfavorables a los asegurados, las cuales se indican como sigue.

CONSECUENCIAS NEGATIVAS QUE TRAE CONSIGO LA ESTIPULACIÓN DE LAS CLÁUSULAS CLAIMS MADE

Tomando como referencia lo expuesto en el presente escrito, a continuación se relacionan las posibles consecuencias negativas que puede traer consigo el pacto de las cláusulas claims made en el SRC:

- *Las cláusulas claims made implican un vacío de la cobertura, aun para aquellos casos en que los asegurados sean previsibles y hagan una contratación continua del SRC.*
- *Con el aseguramiento del riesgo putativo es posible que se presenten fraudes por parte de los asegurados, en el sentido de que incurran en reticencia o en ocultamiento de conocer hechos anteriores al contrato y que den lugar a reclamos dentro de él.⁷⁰*



⁶⁸ En similar sentido Sánchez, F. *op cit.*, p. 26.

⁶⁹ Entre otros destacados autores, Tamayo, J., *La responsabilidad civil derivada de productos defectuosos y su aseguramiento*, V Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros, Madrid, Aída, 1997; Ordóñez, *El contrato de seguro*, *op cit.*, y Yepes *op cit.*

⁷⁰ En este sentido Reglero, C., "Objeto, riesgo y siniestro en el seguro de responsabilidad civil. Reflexiones en torno a las llamadas cláusulas claims made", en *Iniuria*, No. 1, 1994, p. 18., en similar sentido, Caizada, "La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil...", *op cit.*, p. 55.

- Es igualmente probable que se presente mala fe por parte de los aseguradores en el sentido de no renovar el contrato de SRC, cuando conozcan la ocurrencia de hechos que no habiendo sido objeto de reclamación dentro de la vigencia del seguro o dentro de su periodo posterior, podrían dar lugar a reclamaciones posteriores.⁷¹
- Cuando la ley permite el cubrimiento retroactivo, es decir, la cobertura de hechos ocurridos con anterioridad a la iniciación del contrato (riesgo putativo), permite de paso que las aseguradoras puedan obtener ventaja y que pacten cubrimientos retroactivos correspondientes a lapsos de duración muy reducidos, incluso inferiores a un año.⁷²
- Dado que la ley lo permite, las aseguradoras pueden delimitar el cubrimiento a las reclamaciones presentadas dentro de un término de dos años, contados a partir del acaecimiento del hecho dañoso. Como se puede observar, este tipo de delimitación hace muy relativo ese cubrimiento posterior, ya que se ve reducido de manera considerable respecto al término de la vigencia del contrato.⁷³
- Teniendo en cuenta que la ley no hace la advertencia de que en caso de cubrimiento retroactivo debe exigirse que el asegurado desconozca los hechos pasados que puedan dar lugar a reclamaciones, una de las consecuencias de considerar que el siniestro lo constituye la reclamación se vería representado en malinterpretar que para el asegurado sólo basta ignorar la existencia de reclamos previos al seguro y no la existencia de hechos que den origen a responsabilidad.⁷⁴
- Con las cláusulas *claims made* se dota a los aseguradores de instrumentos liberales para limitar sus compromisos dentro del SRC y se diseñan instrumentos para satisfacer sus necesidades e intereses económicos.
- Finalmente, y como se verá más adelante,⁷⁵ el pacto de las cláusulas *claims made* evidencia todos los factores indicativos de lo que podríamos denominar cláusulas abusivas, pues éstas son un claro atentado contra la buena fe de los asegurados, generan un claro desequilibrio contractual,



⁷¹ En este sentido Ordóñez, *El contrato de seguro, op cit.*, p.121; Calzada, "La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil...", *op cit.*, p. 56.

⁷² En el derecho español se ha puesto un límite a este tipo de cobertura, en el sentido de establecer que el periodo mínimo de cubrimiento retroactivo es de un año. En este sentido Ordóñez, *El contrato de seguro, op cit.*, p. 125.

⁷³ En similar sentido, *Ibid.*, p. 126.

⁷⁴ En este sentido, *Ibid.*

⁷⁵ En el apartado "Las cláusulas *claims made* son cláusulas abusivas" de la presente obra.

muestran una asimetría de las prestaciones e implican un abuso de la posición dominante por parte de las compañías aseguradoras.

MEDIDAS DE POSIBLE SOLUCIÓN

Dado que las cláusulas *claims made* presentan serios problemas que no se solventan con el mero hecho de que la ley admita su licitud, por parte de la doctrina, se han planteado distintas posibilidades para solucionar los problemas generados por este tipo de cláusulas. Éstas son:

- Muchos hablan de la constitución de un Fondo de Garantía, mediante el cual se garantice, con carácter subsidiario a los asegurados, la esencial cobertura que estas cláusulas eliminan. Dicho fondo se nutriría, por ejemplo, con el recargo en las primas, y su función sería cubrir los supuestos en los que producido el hecho causal durante la vigencia del contrato, la responsabilidad no quedara cubierta, como consecuencia de la aplicación de estas cláusulas.⁷⁶
- Para otros⁷⁷ resulta más aconsejable pactar cláusulas *claims made* con plazos de retroactividad muy amplio o ilimitados, pues así se conseguiría una cobertura mucho más extensa.

Sin embargo, se considera que dicha solución no es en medida alguna favorable a las compañías aseguradoras, ya que en cierto modo se vulnerarían sus intereses, al tener que otorgar una cobertura retroactiva ilimitada en el tiempo.

- La intervención del legislador para reducir los términos de prescripción de las acciones de responsabilidad consagradas en el Código Civil, es otra de las propuestas de solución que se han planteado,⁷⁸ ya que dichos términos no corresponden a los de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.



⁷⁶ Ésta es la propuesta de Reglero *op cit.*, p. 55, también citado por Calzada, "La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil...", *op cit.*, p. 64. En similar sentido Ordóñez, *El contrato de seguro, op cit.*, p.132.

⁷⁷ En este sentido, Soto, N., "Delimitación temporal de la cobertura del seguro de responsabilidad civil y la validez de las cláusulas limitativas. Alcance de la doctrina del Tribunal Supremo", en *Iniuria*, No. 1, 1994, p. 59; Verdura y Tuells, "La cláusula *claims made* ante la jurisprudencia del T.S. Una primera revisión crítica", en *Estudios sobre el aseguramiento*, s. d., p. 97; Wesolowski *op cit.*, p. 16 citados por Calzada, "La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil...", *op cit.*, p. 66, notas 39 y 40. Para quienes la única posibilidad de que la falta de cobertura de determinados contratos se subsanara mediante la adecuada contratación de otros posteriores, sería la de que éstos previeran la cobertura retroactiva ilimitada en el tiempo (para cubrir así los casos no cubiertos por los anteriores).

⁷⁸ Comparten esta propuesta, Yepes *op cit.*, p. 127, y Ordóñez, *El contrato de seguro, op cit.*, p.131.

Respecto a esta propuesta, se considera que con la disminución de los términos de prescripción consagrados en el Código Civil, si bien se reduciría de modo significativo la incertidumbre tanto del asegurado como del asegurador, no se soluciona el fondo del problema, pues así sea con términos de prescripción reducidos, el hecho de conservarse el pacto de las cláusulas no hace que desaparezca el daño que producen por ser intrínsecamente injustas.

- Entre otras, de las recomendaciones hechas existe la posibilidad de que se realice un convenio contractual en el SRC sobre el término durante el cual se puede presentar la reclamación, acorde con los plazos de prescripción de las acciones de responsabilidad civil y precedido de una información completa por parte de la aseguradora sobre las consecuencias de la cláusula.⁷⁹

Como se verá a continuación (en los apartados “¿Las cláusulas claims made son cláusulas abusivas?” y “Un breve referimiento a la constitucionalidad” de este escrito), empiezan a vislumbrarse importantes puntos de discusión frente a los cuales surge la necesidad de tomar posiciones concretas que traigan consigo eficaces mecanismos de solución a los múltiples inconvenientes causados con la consagración de las cláusulas claims made.

¿LAS CLÁUSULAS CLAIMS MADE SON CLÁUSULAS ABUSIVAS?

Las cláusulas abusivas⁸⁰ son expresiones utilizadas para denotar la ruptura de la simetría, el equilibrio, la igualdad o la equivalencia de las partes del negocio jurídico o contrato; la ausencia de paridad en los derechos y prestaciones, deberes y poderes de los sujetos; la atribución de facultades mayúsculas; la ausencia de negociación; el abuso del poder, y en general, el detrimento de su regulación normativa, con una generalización y confusión lamentable e inconveniente.⁸¹

⁷⁹ En este sentido Yepes *op cit.*

⁸⁰ También conocidas como vejatorias, exorbitantes, leoninas, ventajosas y excesivas.

⁸¹ En este sentido Namén, W., www.noticias.juridicas.com, Leggio, *Contenidos y aplicaciones informáticas, SL*. Para quien el aspecto relevante de estas cláusulas consiste tradicionalmente en su inclusión en contratos de adhesión originados en contratos estándar y también en contratos individuales, en los cuales una de las partes carece de un margen de negociación similar o cuando menos razonable al de la otra.

En tal sentido, tanto en el ámbito nacional como en el internacional se han tenido como abusivas las cláusulas que poseen los siguientes factores indicativos:⁸²

- Están ausentes de negociación individual.⁸³
- Determinan un desequilibrio en las prestaciones de las partes.⁸⁴
- Son contrarias a la buena fe o a la equidad.⁸⁵



⁸² Para una profundización sobre el tema se remite a Roppo, V., *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 913. Roppo, V., "Clausole Abusive", en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, tomo VI, Roma, s. e., 1988; Roppo, V., "La definizione di Clausole Vessatorie nei contratti", en *I Contratti*, No. 1, 2000; Cesáro, E. (A cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, vol. 1, Milano, Cedam, 1996; Namén *op cit.*, numeral 3. Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, Bogotá, 2 de febrero de 2001, magistrado ponente, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁸³ La ausencia de negociación individual significa la ausencia de discusión, reflexión, concierto o influencia de uno de los sujetos en el contenido de la cláusula abusiva. En este sentido, Namén *op cit.*, numeral 3. Una cláusula que no es objeto de una negociación individual, es aquella que es redactada previamente y, por lo tanto, el consumidor por ese hecho, no ha podido tener influencia sobre su contenido. Especialmente esto se da en contratos de adhesión. En este sentido Yepes *op cit.*, p. 118. Para la Corte Suprema de Justicia, *op cit.* lo abusivo de la cláusula que puede estar en cualquier contrato y no sólo en los de adhesión o negocios tipo, se acentúa si se tiene en cuenta que el asegurador las inserta dentro de las condiciones generales del contrato, esto es, en aquellas disposiciones a las que se adhiere el tomador sin posibilidad real o efectiva de controvertirlas, en la medida en que han sido prediseñadas unilateralmente por la aseguradora, sin dejar espacio para su negociación individual. Sobre el concepto de contrato estándar y de adhesión se remite a Roppo, *Il Contratto, op cit.*, p. 905.

⁸⁴ A la luz de la doctrina moderna, debe entenderse que este desequilibrio entre las partes hace referencia a un desequilibrio normativo, esto es, relativo a los derechos y obligaciones derivadas del contrato. El desequilibrio que determina la abusividad es uno normativo y no económico, porque la economía del contrato está reservada a la autonomía privada de las partes, en la cual, ni la ley ni el juez deben intervenir. En este sentido Roppo, *Il Contratto, op cit.*, p. 387. En similar sentido se pronuncia Namén *op cit.*, numeral 5, cuando señala que la naturaleza del desequilibrio debe ser sustancial, es decir, referido no a la posición de las partes (desequilibrio formal), sino al contenido del contrato, pues éste constituye un criterio esencial y estructural de la limitación. Por otra parte, el mismo autor indica que cualquier desequilibrio no determina la vejatoriedad de la cláusula, por lo que debe ser, según las distintas corrientes internacionales, importante (España), significativo (Italia), manifiesto (Bélgica), excesivo (Israel), exagerado (Brasil), sustancial e injustificado (Alemania) al consumidor o a la parte contraria, comparado el contenido prestacional del negocio jurídico específicamente celebrado y los derechos y obligaciones de las partes. Por otra lado, indica que dado que no se consagra una regla o directriz definitoria de la importancia, significación, exceso, etc. se deja al intérprete o juzgador, su determinación, basándose en el análisis de la naturaleza del negocio jurídico, su regulación normativa, la equidad y especialmente comparando los derechos y obligaciones de ambas partes y el menoscabo para una de éstas. A este respecto Roppo, *Il Contratto, op cit.*, p. 913 señala que no basta cualquier desequilibrio, pues debe ser uno significativo (derecho italiano), cuya medida es difícilmente definible en abstracto, por lo tanto, debe estarse caso por caso a la prudente discrecionalidad del juez.

⁸⁵ Para Busnelli, F., "Note in tema di buona fede ed equità", en *Diritto Civile*, Anno XLII, No. 5, Padova, Cedam, 2001, p.544 y ss, la buena fe asume definitivamente con la Directiva Comunitaria 93/13/CEE y con la introducción en el código civil italiano de los artículos 1469 bis ss, el rol de principio cardinal. En efecto, no sólo la directiva comunitaria, sino también el citado artículo del código civil italiano dan los criterios generales de la vesatoriedad, éstos son, el significativo desequilibrio y la contrariedad de la buena fe. Para Namén *op cit.*, numeral 6. La inobservancia de la buena fe o de la equidad son otros factores indicativos de las cláusulas abusivas. Sin embargo, su trasgresión, para algunas corrientes, es criterio autónomo e independiente, propio y definitorio de la cláusula abusiva, esté o no ligada con un desequilibrio significativo y, por consiguiente, las cláusulas que la contrarían, de suyo, serían abusivas,

- Están insertas en condiciones generales de contratación.⁸⁶
- Son indicativas de una posición jurídica o económica inequivalentes.
- Implican abuso de la posición dominante de una de las partes.⁸⁷
- Evidencian una asimetría en las prestaciones.

En el derecho comunitario, mediante la Directiva Europea 13 del 5 de abril de 1993,⁸⁸ que poco a poco se ha ido incorporando en los Estados miembro, se establece el concepto de cláusulas abusivas, aplicable a los



así no constituyan un desequilibrio significativo. Para otra corriente, al contrario, la sola violación de la buena fe no es suficiente para la configuración de la cláusula abusiva, pues es menester además el desequilibrio significativo. Para dicho autor, la violación de la buena fe tampoco implica la ineficacia de la estipulación, sino las consecuencias adversas para la parte, conforme a su específica situación y posición jurídica y de conformidad con las reglas generales.

⁸⁶ La redacción previa de una cláusula por una de las partes y su presentación a la otra, con independencia de la naturaleza o carácter profesional, empresarial o común de los sujetos, implicaría su carácter abusivo. Sin embargo, Namén *op cit.*, numeral 4, establece que este criterio no es suficiente ni basta para definir el carácter abusivo del articulado negocial.

⁸⁷ Se plantea el ejercicio de una posición dominante o abuso del poder contractual de un sujeto profesional, cuyos conocimientos, experiencia, control o predominio en el tráfico jurídico de los bienes o servicios, precisa el conferimiento de una posición o situación mayúscula y la consolidación de su superioridad en el establecimiento de las condiciones o cláusulas significantes y asimétricas entre sus poderes, deberes y los de la otra parte, cuando menos disminuidos, afectados o inequivalentes. En este sentido, Namén *op cit.*, numeral 5. Con respecto al tema del abuso de la posición dominante, Caballero *op cit.*, p.142 indica que dado que el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguros señala que: "las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, deben ser específicamente aceptadas por escrito", ello implica que no basta que el asegurado acepte con su firma las condiciones generales de contratación, es decir, todas las cláusulas del contrato, sino que además es preciso que declare también por escrito que acepta específicamente las limitativas, esto, mediante otra firma. A este respecto puede afirmarse que ni siquiera con esta aparente protección formal consistente en una doble firma por parte del consumidor, específica para la aprobación de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión además de aquella firma ya establecida para el contrato, se logra superar el abuso de una posición dominante del contratante fuerte, pues en la práctica la desprotección continua al establecerse sólo la protección formal, en consecuencia, se necesita una verdadera protección en la medida de que no se altere el equilibrio contractual. Para una profundización en el tema se remite a Cabella Pisu, L., "Le Clausole di esonerazione da responsabilità", en *Trattato di Diritto Privato*, vol. 9, Torino, Utet, 1999, p. 292 y ss.

⁸⁸ También citada por Caballero *op cit.*, p.131; Yepes *op cit.*, p. 117; Stiglitz *op cit.*, p. 477; Sánchez, F., *op cit.*, p. 31. Para consultar el articulado de la directiva, en su versión en español se remite a www.europa.eu.int/eur-lex/es/lif/dal/1993/es_393L0013.html. La versión italiana puede consultarse en De Nova, G., *Le clausole vessatorie*, Milano, s. e., 1996, p. 53. Respecto a la adopción de esta directiva en Italia, puede consultarse Alpa, G. y Patti, S., *Le clausole Vessatorie nei contratti con i consumatori*, tomos 1 y 2, Milano, Giuffrè, 1997. En esta obra se comenta la adopción de la directiva 13/93 en el derecho italiano y en particular se refiere a las cláusulas abusivas en materia del contrato de seguros; Candian, A.; Petrone, V., y Cerini, D., en esta misma obra a partir de la página 955 y ss. señala que la nueva directiva comunitaria en Italia se hizo a través de la Ley 52 del 6 de febrero de 1996, artículo 25, la cual a su vez introdujo el nuevo capítulo XIV (Bis del *Codice civile*) de los contratos del consumidor, artículos 1469 bis a 1469. Para una profundización sobre el particular se remite al comentario realizado al capítulo XIV bis del *codice civile italiano* sobre los contratos con el consumidor. En: AA.VV. a cura di, Busnelli, F. e Bianca, M., *Commentario al capo XIV bis del codice civile dei contratti del consumatore (artt 1469 bis-1469 sexies)*, en *le nuove leggi civili commentate N 4-5 luglio-ottobre 1997*, Padova, Cedam, s. f., p. 75. Igualmente se remite a AA.VV. a cura di Cesáro, E. *Clausole Vessatorie e Contratto del Consumatore (art.1469-bis e ss)*, vol. 1, Padova, Cedam, 2001.

contratos celebrados con consumidores de bienes y servicios, entre los cuales está obviamente el consumidor de seguros, entendido en un sentido amplio (tomador, asegurado y beneficiario).⁸⁹ La directiva se pronuncia así sobre el concepto de cláusulas abusivas:⁹⁰ "Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato".

Para el Tribunal Supremo Español un caso claro de este tipo de cláusula lo constituye la *claims made* en el SRC.⁹¹ La sala primera de este instituto, como se señaló en apartes anteriores, en sentencia del 20 de marzo de 1991, se mostró contraria a su validez, ya que la consideraron nula de pleno derecho, por ser contraria a la norma imperativa del artículo 73 de la Ley de Seguros.

El derecho francés, por su parte, no ha sido ajeno al tema. Concretamente se ha pronunciado contra dichas cláusulas y las ha calificado de abusivas, en el sentido de que son peligrosas tanto para los asegurados como para las víctimas, pues crean vacíos de cobertura. Para la doctrina francesa, si la finalidad del SRC es la seguridad de los asegurados y la protección de las víctimas, este tipo de cláusulas es inaceptable.⁹²

En lo que toca con el derecho colombiano, si bien no existe una norma que defina expresamente las cláusulas abusivas,⁹³ existen algu-



⁸⁹ En Cfr. Véase definición *supra* nota 52.

⁹⁰ Entre las normas relativas a particulares figuras asegurativas cabe destacar la directiva comunitaria 93/13 del Consejo de 5 de abril de 1993, referida a la protección del consumidor en relación con las cláusulas abusivas y dentro de este concepto de consumidor, entra obviamente, el de consumidor de seguros. En este sentido, Camacho, J., *Armonización del derecho de seguros de daños en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1996, p. 172.

⁹¹ En este sentido, Caballero *op cit.*, p.138.

⁹² En este sentido, Lambert, Y. *La duración de la cobertura en los seguros de responsabilidad civil. Fundamento y alcance de la nulidad de las cláusulas —reclamación de la víctima—*, Dalloz, s. e., 1992. Obra a la cual hace referencia Yepes *op cit.*, nota 37.

⁹³ En este sentido, Yepes *op cit.*, p.119. Del mismo modo, Namén *op cit.*, numeral 11. Establece que en el ordenamiento jurídico colombiano, a diferencia de los regímenes contemporáneos, no existe una ley general de condiciones generales de la contratación, contratos de adhesión, estándar, normativos o tipos, predisposición particular del contenido negocial, utilización de modelos contractuales ni de prevención y control de cláusulas abusivas. Para Cortés, E., *Fuentes del derecho, fuentes del contrato y justicia contractual (el ejemplo de las cláusulas abusivas)*, Ponencia actualmente en curso de publicación, presentada en las III Jornadas Internacionales sobre Principios Generales del Contrato, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, septiembre de 2001. En Colombia no existe un cuerpo único que regule la materia de cláusulas abusivas y sólo algunas normas lo hacen tangencialmente. No existe una definición en estricto sentido sobre cláusula abusiva.

nas regulaciones que directa o indirectamente hacen referencia al tema: es el caso del artículo 30 de la Ley 142 de 1994 —régimen de servicios públicos domiciliarios—, en la que se establecen, entre otros, el principio de interpretación del contrato bajo la forma que mejor impida el abuso de la posición dominante, y del artículo 98 del Decreto 663 de 1993 —estatuto orgánico del sistema financiero—⁹⁴ que prohíbe a las aseguradoras pactar cierto tipo de convenciones que en el fondo tienen el mismo sentido de las cláusulas abusivas.⁹⁵

Basándose en lo anterior, podría afirmarse que cuando en el contrato de seguro se pactan cláusulas que conllevan un desequilibrio contractual entre las partes intervinientes, no se estaría haciendo otra cosa que pactar cláusulas abusivas.⁹⁶ En efecto, éstas crean un desequilibrio cuando modifican, en contra del consumidor, las recíprocas posiciones de las partes que vienen definidas justamente por el derecho positivo.⁹⁷

*Cuando se autoriza a las aseguradoras incluir convenciones del tipo *claims made*, se afecta a las personas que deben suscribir seguros de responsabilidad civil, pues lo lógico sería que el amparo en el contrato de SRC protegiera al asegurado en todos los hechos que se presenten durante el periodo en que dicho contrato se encuentra vigente, sin importar que la víctima presente su reclamación después de cierto tiempo. ¿De qué sirve pagar un seguro que exija al asegurado que la reclamación del tercero se produzca durante la vigencia del contrato o dentro de los dos años siguientes, so pena de que el contrato de SRC no pueda cubrir dicha reclamación?*

Con una estipulación de tal envergadura se violan, además, no sólo los derechos del asegurado, como se ha señalado, sino también los derechos de la víctima, ya que ésta podría no obtener la indemnización de sus perjuicios, en razón a que dichas cláusulas, a pesar de haber sido pactadas entre el asegurador y el asegurado, le son

⁹⁴ El artículo 98, Decreto 663 de 1993, señala que las instituciones sometidas al control de la Superintendencia Bancaria (entre ellas las compañías de seguro) deberán en la celebración de las operaciones propias de su objeto abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de su posición dominante.

⁹⁵ Criterio compartido por Namén *op cit.*, numeral 11; Yepes *op cit.*, p. 119. En similar sentido, Cortés *op cit.*

⁹⁶ Sobre el tema de desequilibrio entre las partes se remite a *supra* nota 84. Para Yepes *op cit.*, p. 120. Resulta insólito que el legislador colombiano expidiera una disposición legal que autorizara a las compañías de seguro incluir en sus contratos cláusulas *claims made*, pues la protección del consumidor de seguros, exige la prohibición de incluir cláusulas que afecten el equilibrio contractual entre asegurado y asegurador.

⁹⁷ Para una mejor profundización puede consultarse Roppo, *Il Contratto*, *op cit.*, p. 915. No debe olvidarse tampoco que el discurso sobre la buena fe desempeña un papel significativo en términos de abusividad, como se indicó en la nota 85 *supra*.

oponibles, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1044 del Código del Comercio.⁹⁸

Así, teniendo en cuenta que las cláusulas claims made poseen todas las características para catalogarse como abusivas, pero que infortunadamente nuestro ordenamiento jurídico aún no ha establecido ni el concepto de cláusula abusiva ni mucho menos su régimen de sanción; se considera oportuno abrir el debate en términos no sólo de abusividad, sino también de la ineficacia de este tipo de cláusulas,⁹⁹ tomando como referencia el importante avance que empieza a presentar la jurisprudencia colombiana, al hablar en dichos términos.¹⁰⁰

UN BREVE REFERIMIENTO A LA CONSTITUCIONALIDAD

En el moderno derecho de consumo,¹⁰¹ la tendencia mundial es la protección del consumidor de bienes y servicios, cuya noción involucra obviamente al denominado consumidor de seguros.¹⁰²



⁹⁸ Sobre el tema de la oponibilidad puede consultarse Yepes *op cit.*, p. 122. Es importante señalar que a este respecto, el derecho español también consagra que las cláusulas limitativas *claims made*, también son válidas y oponibles al tercero perjudicado que ejercite la acción directa frente al asegurador. En este sentido, Calzada, "La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil...", *op cit.*, p. 51. Puede también consultarse, Sánchez, F., *op cit.*, p. 37.

⁹⁹ Frente al claro desequilibrio contractual que se genera contra del consumidor de seguros, por parte de la aseguradora, en los contratos estándar, la tendencia europea es limitar estos casos de abuso del contratante fuerte, estableciendo sanciones de nulidad o de ineficacia a dichas cláusulas o la declaración inhibitoria por parte del juez. En este sentido Bellelli, A., "La tutela inhibitoria", en AA. VV., *Commentario al capo XIV bis del codice civile dei contratti del consumatore (art 1469 bis-1469 sexie)*, en *le nuove leggi civili commentate N 4-5 luglio-ottobre 1997*, *op cit.*, p. 1261; Tommaso, F. bajo la dirección de Alpa y Patti, *op cit.*, p. 755. Sobre los conceptos de invalidez, ineficacia y nulidad, se remite a Roppo, *Il Contratto*, *op cit.*, p. 735 y ss; Hinestrosa, F., *Derecho civil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1964, p. 275 y ss.

¹⁰⁰ Nuestra Corte Suprema de Justicia, por medio del fallo fechado el 2 de febrero de 2001, *op cit.* Al discutir la validez de una cláusula mediante la cual una aseguradora estipula que sólo se hace responsable previa la existencia de una sentencia judicial que declare el incumplimiento, realiza un significativo avance al calificarla de abusiva y en consecuencia ineficaz. Según la Corte: "...la doctrina especializada ha calificado como abusiva, aquella cláusula que favorece excesiva o desproporcionadamente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente".

¹⁰¹ Para una profundización en tema de evolución del derecho de los consumidores, puede consultarse Alpa *op cit.*, p. VIII, según el cual, el descubrimiento del consumidor, es un dato típico de las sociedades opulentas y acaece gradualmente en todos los países occidentales que alcanzaron a los estados del capitalismo avanzado. En los inicios del primer decenio del siglo pasado, el primer movimiento de consumidores emergió en los Estados Unidos.

¹⁰² La producción en masa de bienes de consumo y su destino a grandes capas de la población ha producido, en todos los países del mundo, la consecuencia de que, por fraudes en la producción o en la comercialización, por negligencia o por otra causa, se haya dado lugar a daños de gran extensión por el número de personas afectadas y por su gravedad. Estos hechos han determinado que en muchos países del mundo, las leyes de protección y defensa de consumidores y usuarios hayan querido ocuparse del régimen jurídico de la responsabilidad por daños que de estos hechos dimana. En este sentido, Díez-Picazo, L., *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, p. 139. Para Alpa *op cit.*, hablar hoy de consumo, de consumidores y de técnicas de protección de los consumidores, implica la consideración de la relación entre producción y consumo producción y distribución, consumo y ahorro. La

El legislador colombiano no ha sido ajeno al reconocimiento de los derechos del consumidor. Por medio de los artículos 78 y 333 de la Carta Política, ha establecido su protección constitucional.¹⁰³ Sin embargo, dentro del ordenamiento colombiano también se encuentra el artículo 4 de la Ley 389 de 1997, cuya aplicación parcial¹⁰⁴ podría generar un atentado contra los derechos del consumidor¹⁰⁵ y, en consecuencia, contrariar los preceptos constitucionales antes citados.¹⁰⁶

*Por lo tanto, pensando en los múltiples problemas que trae consigo la adopción de este tipo de cláusulas claims made y la eventual violación de normas constitucionales que involucra, se podría analizar la procedencia del ejercicio del control constitucional, mediante la denominada excepción de inconstitucionalidad, como mecanismo de posible solución, mientras se toma una posición definitiva sobre la constitucionalidad de la citada norma.*¹⁰⁷



dimensión de consumos ha sido englobada en la esfera social, por lo tanto, confluye en el debate sobre la defensa de los valores de la persona y sobre la población en *sensu lato*. Ser consumidor hoy significa participar en el proceso económico, en el proceso social, en el proceso político. Más que de un derecho de consumo, hoy a buen título, se puede hablar de un derecho de los consumidores.

¹⁰³ De esta manera, el derecho del consumidor se consagra como un derecho constitucional, cuya protección, que corresponde al Estado, exige la implantación de normas especiales, que hagan compatibles el interés del consumidor y del sector productivo, lo cual implica, obviamente, colocar ciertos límites al ejercicio de una actividad empresarial, que se refieren no sólo a las relaciones con el consumidor, sino a las relaciones entre productores de bienes y servicios, para evitar de esta manera que se generen prácticas dirigidas, entre otras, a la celebración de convenios que originen desigualdades que finalmente vayan en perjuicio de los consumidores. En similar sentido, Calvo, S. y Gaitán, G., *Protección jurídica de tomadores y asegurados*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Ciencias Jurídicas, Maestrías, p. 282.

¹⁰⁴ La parte del texto del artículo 4 de la Ley 389 de 1997 a que se hace referencia es la siguiente: "...Asimismo se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años".

¹⁰⁵ En 1975 la comunidad económica europea reordena armónicamente las iniciativas de tutela del consumidor, en diferentes principios que se articulan con los derechos establecidos en la Carta Europea de Protección de los consumidores, aprobada por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, mediante la Resolución 547 de 1973 (salud y seguridad; protección de los intereses económicos; asesoría, asistencia y resarcimiento de los daños; información y educación; consulta y representación), así: (1) el derecho a la protección y a la asistencia; (2) el derecho al resarcimiento del daño soportado por la circulación de productos defectuosos; (3) el derecho a la información y a la educación, y (4) el derecho a la representación en organismos y la posibilidad de expresar directivas en el ámbito de escogencia política y económica inherente a la disciplina del consumo. En este sentido, Alpa *op cit.*, p. 22 y ss.

¹⁰⁶ En efecto, con el ejercicio de la norma antes citada podría precisarse el abuso de la posición dominante por parte de las compañías aseguradoras al predisponer este tipo de cláusulas en contratos que a la postre degeneran en la simple adhesión del contratante débil (consumidor del seguro). Podría pensarse también en una posible violación al derecho a la información correcta y detallada que le asiste a quien contrata el seguro; en muchas ocasiones se ha discutido la inclusión en el texto del contrato de este tipo de cláusulas, que en la mayoría de ocasiones se realiza en letra ilegible y que, por lo tanto, la parte adherente no alcanza a analizar, sumado esto obviamente al poco o nulo conocimiento de los efectos que este tipo de cláusulas pueden generar en el momento de la reclamación. Infortunadamente, en muchas compañías aseguradoras no se da una información que otorgue al consumidor toda la seguridad y satisfacción a que tiene derecho. Así sucesivamente y para cada caso concreto, podría pensarse en las múltiples violaciones de los intereses de los consumidores de seguros.

¹⁰⁷ No debe olvidarse que según el Principio de la Supremacía de la Constitución, todas las leyes ordinarias deben ajustarse a la legislación constitucional. El control constitucional de las leyes se ejercita

Finalmente, se invita también al legislador colombiano, a la reflexión sobre todas las prácticas que resultan abusivas en la óptica de la protección de los consumidores, con el objetivo de tomar soluciones prontas y eficaces.¹⁰⁸

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- AA.VV, *Commentario al capo XIV bis del codice civile dei contratti del consumatore (art. 1469 bis-1469 sexies), en le nuove leggi civili commentate N 4-5 luglio-ottobre 1997*, Padova, Cedam, 1997.
- _____ (a cura di) Cesáro, E. *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (art. 1469-bis e ss.)*, vol.1, Padova, Cedam, 2001.
- _____ *Memorias del V Encuentro Nacional de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (Acoldese)*, Baranquilla, 1979.
- Alarcón, J., *Últimas tendencias del seguro de responsabilidad civil de productos en Estados Unidos*, Madrid, Mapfre, 1986.
- Alpa, G., *Il diritto dei consumatori*, Bari, Laterza, 1999.
- _____ y Bessone, M., *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, Torino, Giappichelli, 1997.
- Alpa, G. y Patti, S. (a cura di), *Le clausole Vessatorie nei contratti con i consumatori*, Milano, Giuffré, 1997.
- Álvarez, N., *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Granada, Comares, 1998.
- Bennati, F., "Clausole di esonero da responsabilità", en *Dig.disc.priv.-sez civ*, vol. II, Torino, Utet, 1988.
- Betancour, J., *Derecho procesal administrativo*, Medellín, Dike, 1985.
- Busnelli, F., "Note in tema di Buona Fede ed Equitá", en *Rivista di*



mediante los denominados modos de control constitucional, entre los cuales se incluyen tanto la acción como la excepción de inconstitucionalidad. En este sentido, Saa, E., *Teoría constitucional colombiana*, Bogotá, Gustavo Ibañez, 1995, p. 371. La excepción de inconstitucionalidad permite a cualquier funcionario que deba aplicar la ley, sea judicial o administrativo, dejar de hacerlo por motivos de violación de algún precepto de la Carta. No se discute su procedencia y reconocimiento dentro de la Sentencia en forma oficiosa y sin alegación de parte, hasta el punto que puede no otorgarse el derecho pretendido por considerarse que la norma que lo reconoce excede los límites de la Constitución. En este sentido, Betancur, C., *Derecho procesal administrativo*, Medellín, Dike, 1985, p. 260. Para Yepes *op cit.*, p. 126, esta parte del texto (artículo 4, Ley 389 de 1997) también atenta contra de los artículos 78 y 333 de la Constitución Nacional y señala como propuesta el estudio de una posible nulidad parcial del artículo 4 de la Ley 389 de 1997.

¹⁰⁸ Se piensa en otra eventual revisión y adopción de un Estatuto del Consumidor más eficaz, que involucre ciertamente todos y cada uno de los derechos que a los consumidores y usuarios les asiste.

- Diritto Civile*, anno XLVII, No. 5, Cedam, Padova, 2001.
- Cabella Pisu, L., "Le Clausole di Esonerata Responsabilità", en *Trattato di Diritto Privato*, vol. 9, Torino, Utet, 1999.
- Caballero, E., *El consumidor de seguros. Protección y defensa*, Madrid, Mapfre, 1997.
- Calvo, S. y Gaitán, G., *Protección jurídica de tomadores y asegurados*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Ciencias Jurídicas, Maestrías, s. f.
- Camacho, J., *Armonización del derecho de seguros de daños en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1996.
- Calzada, Ma. Ángeles, "La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil. El nuevo párrafo segundo del artículo 73 de la ley de contrato de seguro LCS", en *Revista Española de Seguros*, No. 89, Madrid, Española de Seguros S.A., 1997.
- _____ *Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, Civitas, 1992.
- Cesáro, E. A cura di, *Clausole Vessatorie e contratto del consumatore*, vol. 1, Milano, Cedam, 1996.
- Cortés, E., *Fuentes del derecho, fuentes del contrato y justicia contractual*, ponencia actualmente en curso de publicación, presentada en las III Jornadas Internacionales sobre Principios Generales del Contrato, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, septiembre de 2001.
- De Nova, G., *Le clausole vessatorie*, Milano, Ipsoa, 1996.
- Díaz, S., "Actuación española en relación con la Directiva Comunitaria del 5.4.1993 sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores", en Bianca, C. y Alpa, G. (edits.), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Padova, Cedam, 1996.
- Díaz-Granados, J., "Delimitación temporal de la cobertura en el seguro de responsabilidad civil-sistema claims made", en *Memorias del XXI Encuentro Nacional Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (Acoldece)*, Bucaramanga, 1998.
- Diez-Picazo, L., *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999.
- Gaggero, P., "Le clausole abusive nei contratti di assicurazione", en Bianca, C. y Alpa, G. (edits.), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Padova, Cedam, 1996.
- Hinestrosa, F., *Derecho civil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1964.
- Izquierdo, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001.

- Lambert, Y., *La duración de la cobertura en los seguros de responsabilidad civil. Fundamento y alcance de la nulidad de las cláusulas-reclamación de la víctima*, Dalloz, s. e., 1992.
- Legislación de seguros*, Madrid, Civitas, 1998.
- Namén, W., www.noticias.juridicas.com, Leggio, *Contenidos y aplicaciones informáticas*, SL.
- Ordóñez, A., *El contrato de seguro, Ley 389 de 1997 y otros estudios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- _____ en *Ponencia en la especialización en responsabilidad y daño resarcible. 1999-2000*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Reglero, F., *Objeto, riesgo y siniestro en el seguro de responsabilidad. Reflexiones en torno a las llamadas cláusulas claims made*, s. l., Iniuria, 1994.
- República de Colombia, *Constitución Política de Colombia*, artículos 78 y 333, Bogotá, Presidencia de la República, 1991.
- Roberto, W., La cláusula "claims made" y el seguro de responsabilidad civil (especialmente para profesionales), en www.argentina.derecho.org/doctrinal
- Roppo, V., *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2001.
- _____ "Clause Abusive", en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, tomo VI, Roma, s. e., 1988.
- _____ "La definizione di clausola vessatoria nei contratti dei consumatori", en *I Contratti*, No. 1, 2000.
- Saa, E., *Teoría constitucional colombiana*, Bogotá, Gustavo Ibañez, 1995.
- Sánchez, F., "La delimitación temporal del riesgo en el seguro de responsabilidad civil tras la modificación del artículo 73 de la ley de contrato de seguro", en *Revista Española de Seguros*, No. 89, Madrid, Española de Seguros S.A., 1997.
- Sánchez, M., *Ámbito temporal de la cobertura aseguradora en el seguro de responsabilidad civil, en relación con el momento de la producción del siniestro*, Madrid, s. e., 1994.
- Sobrino, A., *Derecho de seguros. La cláusula claims made*, Buenos Aires, s. e., 1996.
- Soto, N., "Delimitación temporal de la cobertura del seguro de responsabilidad civil y la validez de las cláusulas limitativas. Alcance de la doctrina del Tribunal Supremo", en *Iniuria*, No. 1, 1994.
- Stiglitz, R., "Seguro contra la responsabilidad civil y la limitación temporal de la garantía asegurativa. Estado de situación en Argentina", en *Revista Española de Seguros*, No. 89, Madrid, Española de Seguros S.A., 1997.

- _____. *Derecho de seguros*, tomo 1, s. l., s. e., 1997.
- _____. *El siniestro*, Buenos Aires, Astrea, 1980.
- Tamayo, J., *La responsabilidad civil derivada de productos defectuosos y su aseguramiento*, V Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros, Madrid, Aída, 1997.
- Verdera y Tuells, "La cláusula claims made ante la jurisprudencia del T.S. Una primera revisión crítica", en *Estudios sobre el aseguramiento*, s. d.
- Viney, G., *L'interprétation et l'application du contrat d'assurance par le juge*, Dalloz, s. e., 1997.
- www.aeds.org. www.noticias.juridicas.com/Legio, *Contenidos y aplicaciones informáticas*.
- www.argentina.derecho.org/doctrinal
- www.aeds.org/respprofes4.hrt
- www.juridicas.com/basedatos/privados/150-1980
- www.europa.eu.int/eur-lex/es/lif/dat/1993/es-393L0013, Directiva Comunitaria No. 13 del 5 de abril de 1993.
- Wesolowski, Roig, "La delimitación del periodo de cobertura en los seguros de responsabilidad civil relativos a daños diferidos: una solución práctica", en *Previsión y Seguro*, No. 31, s. f.
- Yepes, S., "Las cláusulas abusivas en el contrato de seguro", en *Iberoamericana de seguros*, No. 15, Bogotá, 2000.
- Yzquierdo, M., *Aspectos civiles del nuevo código penal*, Madrid, Dykinson, 1997.

LEGISLACIÓN

- Ley 389 del 18 de julio de 1997, por la cual se modifican los artículos 1036 y 1046 del Código del Comercio.
- Ley 142 del 11 de julio de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Código de Comercio, artículo 1044.
- Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículo 98.
- _____, decreto 663 de 1993.

JURISPRUDENCIA

- Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, Bogotá, 2 de febrero de 2001, magistrado ponente, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

